Die Vollziehung der Wandelung nach dem BGB

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Ey

aus Gera, R. j. L.

Referendar am Fürstl. Amtsgericht zu Gera

Approbiert am 19. Mai 1908

Gera-Untermhaus

Kunstanstalt Fr. Eugen Köhler, G. m. b. H.

1908

9

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549828_0108

Gang der Darstellung.

Seite

I. Allgemeiner Überblick. Umgrenzung des Themas 2
II. Begriffsbestimmung aus § 462 BGB 8
1. Ursache des Streites zwischen Vertrags- und Restitutionstheorie . . . . . .
2. Inhalt des Wandelungsanspruchs . . . . . .
III. Der Begriff „Vollziehung“ 11
IV. Die Vollziehung der Wandelung durch Rechtsgeschäft . . . 26
1. Voraussetzung der Vollziehung der Wandelung . . . . .
2. § 465 BGB hat nicht den Abschlufs eines Aufhebungsvertrages zum Gegenstande . . . . . .
3. Die Vollziehung der Wandelung nach § 465 BGB . . . .
4. Die Vollziehung der Wandelung auf andere Arten als die in § 465 BGB genannte Art . . . . . .
5. Die Wirkungen der Vollziehung der Wandelung durch Rechtsgeschäft . . . . . .
V. Die Vollziehung der Wandelung durch Urteil 36
1. Die Verbindung des Rückerstattungsanspruchs mit dem Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung in einer Klage ist unzulässig . . . . . .
2. Die Vollziehung der Wandelung durch Urteil im besonderen
3. Die Wirkungen des Urteils, das auf Klage des Käufers den Verkäufer zur Wandelung verurteilt . . . . . .
VI. Die Einrede des Wandelungsanspruches 40
VII. Weitere Bedenken gegen die Vertragstheorie in materiell- und prozefsrechtlicher Hinsicht 43

Literatur.

Biermann: Die Klage des wandelungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des BGB — in: Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 95 S. 315ff.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, IV. Aufl. 1903.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. Hälfte 1902.

Dernburg: Bürgerliches Recht des Deutschen Reichs, Bd. 2, 2. Abt. 1901.

Düringer, Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des BGB, III. Bd. S. 137ff.

Eccius: 1. Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB — in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 43. Jahrg. S. 305ff.; 2. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 51. Jahrg. S. 529ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB 1903.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag 1899.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil 1903.

Enneccerus, Lehmann: Das Bürgerliche Recht, 1. Bd., 2. Hälfte, 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl. 1904.

Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede — in: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Jahrg. 44 S. 65ff.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozefsordnung für das Deutsche Reich, 1. Bd., 1904.

Francke: Zur Wandelung des Kaufes nach dem BGB — in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 72. Jahrg. No. 12 S. 517ff.

Goldmann, Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1903.

Grabner: Zur Auslegung des § 465 BGB — in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 50. Jahrg. S. 254ff. u. 51. Jahrg. S. 515ff.

Haymann: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruchs — in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 46. Jahrg., S. 509ff.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozefsrechts, 1. Bd. 1903.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht: Beiträge zum bürgerlichen und Prozefsrecht. 1900.
Heuer: Über die Form des Klagantrags und Urteilstenors bei Wandelungsklagen nach § 465 BGB — in: Das Recht, 6. Jahrg. 1902 No. 4 S. 97.
Heuer: Klagantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen — in: Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt, 1901 No. 14 S. 77ff.
Kipp: Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Rudolf v. Jherings fünfzigjährigem Doktor-Jubiläum 1892.
Klofs: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1. Teil. 1906.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB, 2. Teil 1. Hälfte 1899.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.
Lobe: Die Vorschriften des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 462 u. 465 über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung — in Sächs. Archiv, Bd. 9 S. 104ff.
Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 4. Aufl. 1900.
Matthias: Die Wandelung nach dem BGB — in: Deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrg. 1902 No. 9 S. 205ff.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Müller: Vollzug der Wandelung und Preisminderung — in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 69 No. 3 S. 45ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Bd. 1905.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1906 und im Recht, 8. Jahrg. No. 1, 2.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. Bd. II, 1904.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1897.
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1904.
Sohm: Institutionen, 1901.
Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht.
Scherer: — in der Hanseatischen Gerichtszeitung, 1901 No. 22.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1900.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1901.

Thiele: Die Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch — im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93 S. 387ff.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem Deutschen BGB, 1900.

v. Tuhr: Die neue Literatur zum BGB — in: Deutsche Juristenzeitung, 6. Jahrg. No. 20 S. 445ff.

Türke, Niedenführ u. Winter: Das Bürgerliche Recht, 1904.

Werner: Streitfragen auf dem Gebiete des Wandelungsrechts — in: Das Recht, 6. Jahrg. 1902 Nr. 11 S. 282ff. und No. 13 S. 338ff.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.

I. Allgemeiner Überblick. Umgrenzung des Themas.

Die Frage, wie wird die Wandelung nach dem BGB vollzogen, ist seit dem Bestehen desselben Gegenstand eines heftigen Streites. Auch jetzt ist dieser Streit noch nicht in einer befriedigenden Weise gelöst worden. Die sogenannte Vertrags- und Restitutionstheorie[1]) bestehen noch immer und haben auch in neuester Zeit namhafte Schriftsteller beiderseits zu verzeichnen. Bei Betrachtung der historischen Entwickelung der beiden Theorien ist es von Interesse zu sehen, daß Eccius, der neben Lobe der Begründer der Restitutionstheorie ist und der in seiner Abhandlung: „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB" anerkennen zu müssen glaubte, daß man in der Erklärung des Einverständnisses mit dem Wandelungsverlangen des Käufers nach § 465 BGB einen verpflichtenden Vertragsschluß finden dürfte, in seiner neuesten Auslassung[2]) über das vorliegende Thema auch dieses Zugeständnis an die Vertragstheorie zurückgenommen und sich somit auf den radikalen Standpunkt der Restitutionstheorie gestellt hat.

Das Recht der Wandelung findet sich im BGB außer beim Kauf auch beim Werkvertrage. Der Besteller hat hier einen Anspruch auf Wandelung nach seiner Wahl

---

[1]) Der Name „Restitutionstheorie" kommt daher, weil sie eine „quodammodo restitutio in integrum" darstellt, wie die römisch-rechtliche actio redhibitoria (vgl. Oertmann, Lehrbuch, a. a. O. S. 379 1b).

[2]) Gruchot, Beiträge, 51. Jahrg. S. 529 ff.

in derselben Art wie der Käufer. Indessen sind beim Werkvertrage die Voraussetzungen der Gewährleistungsansprüche anders als beim Kauf: Einerseits ist die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche des Bestellers beim Werkvertrage davon abhängig gemacht, daß der Besteller dem Unternehmer eine Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er nach deren Ablauf die Nachbesserung ablehne; andererseits braucht nicht die Gefahr des Werkes bereits auf den Käufer übergegangen zu sein (vgl. § 634 Abs. 1). Da jedoch nicht die Voraussetzungen der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche in das Gebiet des Themas gehören, so kommen diese Abweichungen vom Kaufvertrage nicht in Betracht. Es macht sich deshalb ein Eingehen auf die Vollziehung der Wandelung beim Werkvertrage unnötig, und gilt die nachfolgende Darstellung auch für die Vollziehung der Wandelung beim Werkvertrage.

II. Begriffsbestimmung aus § 462 BGB.

Kipp[1]), ein Vertreter der Vertragstheorie, sagt in seiner Bearbeitung des Lehrbuchs des Pandektenrechts von Windscheid unter Hinweis auf §§ 462, 465 BGB: „Das BGB versteht unter Wandelung den Rechtsakt, der gleichzeitig die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage aufhebt und diejenigen zur Rückgewähr begründet.“ „Der Anspruch auf Wandelung ist der Anspruch auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers.“ Nach Enneccerus-Lehmann[2]), Vertretern der Restitutionstheorie, geht der Wandelungsanspruch auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf. Der Unterschied zwischen den beiden Ansichten über den Inhalt des Wandelungsanspruches ist der, dass nach Kipp und der Vertragstheorie der Anspruch

[1]) A. a. O., S. 704.
[2]) A. a. O., S. 605.

auf Rückgewähr auf dem Wandelungsvertrage beruht, während nach Enneccerus-Lehmann und der Restitutionstheorie die Folgen dieses Vertrages in dem Wandelungsanspruch realisiert werden. Und der Grund des Unterschiedes liegt darin, daß in dem einen Falle von § 465 verbd. mit § 462 BGB, in dem anderen von § 462 BGB allein ausgegangen wird.

Inhalt und Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung ist also Gegenstand des Streites zwischen beiden Theorien, und die Konsequenz daraus ist, daß sich die Vollziehung der Wandelung nach beiden Theorien verschieden gestaltet.

Da wir die Ursache des Streites in den verschiedenen Ausgangspunkten gefunden haben, so ist nunmehr nachzuweisen, welcher Ausgangspunkt als der richtige erscheint. Insbesondere soll die Frage beantwortet werden: Woraus ergibt sich die Richtigkeit beziehungsweise Unrichtigkeit der Vertragstheorie, die die herrschende Lehre ist?

Ihre Hauptstütze findet die Vertragstheorie in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, woraus ersichtlich ist, daß die Konstruktion eines Anspruchs auf Abschluß eines Wandelungsvertrages hier zuerst hervorgetreten ist, während nach den ursprünglichen Beschlüssen[1]) der Käufer sofort an den Anspruch, den er geltend machte, gebunden sein sollte. Den Ausführungen der Minderheit, welche die Ausübung des Rechtes der Wandelung an eine einseitige, innerhalb der Gewährfrist (vgl. § 477 BGB) abzugebende Erklärung des Käufers geknüpft wissen wollte, setzte die Mehrheit in der Kommission[2]) folgende Erwägung entgegen: „Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des

[1]) E. I. § 383.

[2]) Protokolle, a. a. O., S. 680.

Kaufes durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer, einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der ZPO seine Einwilligung ersetzt." Dieser von der Mehrheit[1]) eingenommene Standpunkt hat nochmals in folgenden Worten Ausdruck gefunden: „Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrages verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder diese ersetzenden Verurteilung desselben." Es sollte also der Anspruch der Wandelung den Abschluß eines Wandelungsvertrages zum Gegenstande haben. Mit dem Abschluß sollte die Wandelung vollzogen sein.

Es muß zugegeben werden, daß, wenn die Auffassung der Mehrheit der 2. Kommission Gesetz geworden wäre, eine andere Auslegung des Gesetzes fehlerhaft sein würde. Die Ansicht der Mehrheit der Kommission hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller[2]) zu eigen gemacht. Auf demselben Standpunkt stehen auch gerichtliche Entscheidungen,

---

[1]) Protokolle, a. a. O., S. 710.

[2]) Die hauptsächlisten Vertreter der Vertragstheorie sind: Cosack, § 127 II 3a S. 443; Dernburg, a. a. O. S. 58 Anm. 12, 13; Eck, S. 451 a. a. O.; Endemann, a. a. O., § 161 S. 994 Anm. 36; Flechtheim, a. a. O., S. 65 ff.; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., § 135 No. 4b; Gaupp-Stein, a. a. O., zu § 259 ZPO IIb S. 569; Kipp zu Windscheid, a. a. O., § 395 S. 703/4; Kipp in „Festgabe der Kieler Juristenfakultät", S. 62, 115; Kloss, a. a. O., S. 13 ff.; Plauck zu § 462 No. 3a, S. 366 ff.; Oertmann, Lehrbuch, a. a. O., zu § 465, 1b S. 379; Oertmann, in d. Recht a. a. O. S. 4 ff., S. 29 ff.; Schollmeyer, a. a. O., S. 31 ff.; Titze, a. a. O., S. 280 ff.; Türcke, Niederführ u. Winter, a. a. O., 2. Buch S. 489. — OLG Marien-

die über diese Materie ergangen sind. Der Kernpunkt des Streites ist, ob unter Wandelung als Gegenstand des Wandelungsanspruchs zu verstehen ist die „Vollziehung“ oder die „Durchführung“ der Wandelung.[1])

Will man sich über den Inhalt des Wandelungsanspruchs klar werden, insbesondere darüber, ob die Konstruktion des Wandelungsanspruchs als eines Anspruches auf Abschluß eines Vertrages in der Tat dem Gesetze zugrunde liegt, so ist m. E. allein von § 462 BGB auszugehen[2]); erst nach der Determinierung aus § 462 BGB kann auf den Inhalt des Anspruchs übergegangen werden. Dieser Ausgangspunkt scheint mir deshalb berechtigt zu sein, weil § 462 die Legaldefinition der Gewährleistungsansprüche enthält. § 462 lautet: „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder

---

werder in Rechtsprechung IV S. 36; RGZ S. VII vom 16. Sept. 1904 Bd. 58 No. 108 S. 424; RGZ S. II vom 21. Okt. 1904 Bd. 59 No. 29 S. 98.

Die hauptsächlichsten Vertreter der Ristitutionstheorie sind: Biermann, a. a. O., S. 315 ff.; Eccius in Gruchot, Beiträge, 43. Jahrg. S. 305 ff.; Eccius in Gruchot, Beiträge, 51. Jahrg. S. 529 ff.; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 605; Fischer-Henle, a. a. O. zu § 465 S. 245; Francke, a. a. O., S. 517 ff.; Grabner in Gruchot, Beiträge, 50. Jahrg. S. 254 ff.; Grabner in Gruchot, Beiträge, 51. Jahrg. S. 515 ff.; Haymann, a. a. O., S. 509 ff.; Heuer, a. a. O., in d. Recht, 6. Jahrg. 1902 No. 4 S. 97; Hanseat. Gerichtszeitg., Beibl., 1901 No. 14 S. 77 ff.; Langheineken, a. a. O., S. 215; Lobe, a. a. O., S. 104 ff.; Matthias, a. a. O., Lehrbuch, § 106 S. 499 und Deutsche Juristen-Zeitg., 7. Jahrg. 1902 No. 9 S. 205 ff.; Müller, a. a. O., S. 45 ff.; Staub, a. a. O. zu § 377 HGB, Anm. 46, S. 1359; Staudinger, a. a. O. zu § 462 IV; Thiele, a. a. O., S. 387 ff.; v. Thur, a. a. O., S. 445 ff.; Werner, in d. Recht, 6. Jahrg. 1902 No. 11 S. 282 u. No. 13 S. 338.

[1]) Auf die Berechtigung dieser Unterscheidung wird später zurückzukommen sein.

[2]) Ebenso Enneccerus, a. a. O., S. 605; Langheineken, a. a. O., S. 223.

Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.“ Daß es sich in diesem Paragraph um einen wirklichen Anspruch im Sinne des BGB handelt, also um ein Recht des Käufers, vom Verkäufer „ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“ (§ 194 Abs. 1 BGB), ist klar zum Ausdruck gebracht in § 477 BGB, wonach der Anspruch auf Wandelung innerhalb einer bestimmten Frist verjährt.[1]) Der Wandelungsanspruch ist gerichtet auf „Rückgängigmachung des Kaufes“. Je nachdem die durch den Kaufvertrag begründete Kaufpreisforderung noch besteht oder bereits (z. B. durch Zahlung) erloschen ist, ist der Wandelungsanspruch gerichtet auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit oder auf Rückerstattung desjenigen, was der Verkäufer erhalten hat.[2]) Was aber unter Rückgängigmachung des Kaufes zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Enneccerus[3]) sagt: Der Wandelungsanspruch geht auf Rückgängigmachung des Kaufes, d. h. auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf.

Wenn diese Determinierung richtig ist, so ergibt sich daraus, daß im Falle beiderseitiger Erfüllung des Kaufvertrages der Anspruch des Käufers unmittelbar auf Rückgewähr des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache gerichtet ist, ferner, daß der Käufer wegen seines Anspruches auf Rückgängigmachuug des Kaufes noch nicht befriedigt ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Auch Langheineken[4]) steht auf dem Standpunkt von Enneccerus, wenn er sagt, daß der Anspruch des Käufers auf „Rückgängigmachung der zum Zwecke der Erfüllung der beiderseitigen vertraglichen Verbindlichkeiten gemachten Leistungen“ geht.

---

[1]) Ebenso Biermann, a. a. O., S. 316.
[2]) Langheineken, a. a. O., S. 230; Neumann, a. a. O., S. 346.
[3]) A. a. O., S. 605.
[4]) A. a. O., S. 228; ebenso Lobe, a. a. O., S. 115.

Da das Gesetz also nicht sagt, was es unter Rückgängigmachung des Kaufes verstanden wissen will, so ergibt eine grammatikalische Interpretation folgendes: An und für sich kann darunter ein Doppeltes verstanden werden: Aufhebung des Kaufvertrages und Wiederherstellung der vor dem Kaufe bestehenden Rechtslage.[1]) Da aber das BGB sich weder für die eine noch für die andere Auslegung entscheidet, so ist m. E. anzunehmen, daß im Sinne des BGB beide Begriffe zusammen eine Rückgängigmachung des Kaufes darstellen. Die von Enneccerus gegebene Definition ist deshalb zu akzeptieren.

Die Anhänger der Vertragstheorie dagegen sagen: Rückgängigmachung des Kaufes kann allerdings heißen: Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf. Daß darunter nach § 462 BGB notwendig nur die vertragsmäßige Aufhebung des Kaufvertrages verstanden werden könnte, gehe zwingend aus § 465 BGB hervor. § 465 lautet: „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt." Aus diesem Paragraph[2]) ist nach der Vertragstheorie der Gegenstand des Wandelungsanspruches zu bestimmen. „Der in § 462 erwähnte Wandelungsanspruch ist nach der Vertragstheorie identisch mit dem Anspruch auf Vollzug der Wandelung im Sinne des § 465 BGB. Die Wandelung, die der Käufer nach § 462 BGB verlangen kann, ist vollzogen, d. h. nach dieser Auslegung: ist vollendet, ist ausgeführt, sobald der Verkäufer sich mit dem hierauf gerichteten Anerbieten des Käufers einverstanden erklärt hat." [2]) Die in § 465 BGB bezeichnete Form ist nach der Vertragstheorie die einzig mögliche Form der Vollziehung der Wandelung.

Dagegen ist zu sagen: Kann es wirklich die Absicht des Gesetzes gewesen sein, den in § 462 BGB definierten

---

[1]) Biermann, a. a. O., S. 316.
[2]) Haymann, a. a. O., S. 527.

Wandelungsanspruch noch einmal zu definieren? Soll der wandelungsberechtigte Käufer, um einen ihm vom Gesetz gewährten Anspruch geltend machen zu können, „neben der bereits vorhandenen gesetzlichen Grundlage [1]) seines Anspruches sich noch eine zweite Grundlage für diesen Anspruch" verschaffen? Außerdem, wenn nach unserer Auffassung das Gesetz unter Rückgängigmachung des Kaufes Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kaufe versteht, so kann die Wandelung — das ist die Rückgängigmachung — noch nicht vollzogen, noch nicht zur Ausführung gebracht sein, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Durch dieses Einverständnis ist der Zustand vor dem Kaufe, dessen Herstellung Zweck der Rückgängigmachung des Kaufes ist, noch nicht wiederhergestellt. Vollziehen und Ausführen — Langheineken sagt: Durchführen — sind daher nicht identische Begriffe und daher streng voneinander zu unterscheiden. Der Ausdruck „Vollziehen" im Sinne des § 465 BGB muß daher eine andere Bedeutung haben. Die Ausführung der Wandelung, die die Bewirkung der Leistungen, zu denen die Parteien nach § 467 BGB verpflichtet sind, umfaßt, ist Gegenstand des Wandelungsanspruches. Was ist also unter Vollziehung der Wandelung zu verstehen, wenn Vollziehen nicht den von den Anhängern der Vertragstheorie ihm beigelegten Sinn von Ausführen, Bewirken hat?

III. Der Begriff „Vollziehung".

Nachdem also dargelegt worden ist, welchen Sinn das Wort „Vollziehen" nicht haben kann, soll, bevor zur Auslegung von § 465 BGB, aus dem also die Anhänger der Vertragstheorie den Gegenstand des Wandelungsanspruches bestimmen, übergegangen wird, der dem Be-

[1]) Müller, a. a. O., S. 56.

griff „Vollziehen“ tatsächlich zukommende Sinn klargelegt werden.

Die verschiedene Bedeutung des Wortes „Vollziehen“ erkennen wir deutlich an dem von Thiele[1]) gewählten Beispiel, wenn Vollziehen in Verbindung gebracht wird mit einem gerichtlichen Urteil. Wenn nämlich ein Richter ein Urteil vollzieht, so heißt das: er versieht es mit seiner Unterschrift, er bringt es zum Abschluß; wenn es der Vollstreckungsbeamte vollzieht, so heißt das: er bringt es zur Ausführung. Die erstere Bedeutung des Wortes „Vollziehen“ haben wir auf die Bestimmung des § 465 BGB zu übertragen. Ein kurzer Abriß der Entstehungsgeschichte des § 465 gibt dieser Auffassung recht.

In allen früheren Rechtsgebieten vor dem BGB hatte sich bei der Lehre von der Wandelung als Streitfrage erhoben: Bis zu welchem Zeitpunkt hat der Käufer die Wahl zwischen der Wandelungs- und Minderungsklage? Ist er an die einmal getroffene Wahl gebunden?[2]) Hierzu mußte das BGB Stellung nehmen, und die Materialien ergeben dies: E I § 384 bestimmte unter Berufung auf § 208 und 209 Satz 1 über Alternativobligationen, daß die Wahl zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung vollzogen ist, wenn sie von dem wahlberechtigten Käufer dem Verkäufer gegenüber erklärt ist. Bezüglich dieses § 384 heißt es jedoch in den Protokollen der 2. Kommission S. 709: „Es sei unzweckmäßig, den Käufer an die von ihm einmal gewählte Wandelung oder Minderung zu binden.“ Ferner[3]): „Es sei notwendig, im Gesetz deutlich auszusprechen, wann die Wandelung und Minderung vollzogen sei, wie der Entwurf ähnliche Bestimmungen für die Wahl bei der alternativen Obligation (§ 208), die Aufrechnung (§ 282),

[1]) A. a. O., S. 390.
[2]) Scherer, a. a. O., S. 125.
[3]) Protokolle der 2. Kommission, S. 709/710.

den Rücktritt vom Vertrage (§ 426) enthalte.“ Dementsprechend wurde die Bestimmung des § 384 E I[1]) in folgender Weise abgeändert: „Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist.“ Die Schlußworte dieser abgeänderten Bestimmung sind nicht mit in § 465 BGB übergegangen, weil sie mit Rücksicht auf die Worte in §. 894 ZPO „oder dazu rechtskräftig verurteilt ist“ selbstverständlich erschienen.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 465 ist also zu erkennen, daß man die Streitfrage bezüglich des Zeitpunktes der Bindung an die Wahl gelöst hat, wenn auch in eigenartiger Weise dahingehend, daß der Käufer bis zur Vollziehung der Wandelung seine Wahl ändern kann. Die Wahl ist also widerruflich. Wir ersehen ferner, daß das Wort „Vollziehen“ nur immer mit Beziehung auf das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung gebraucht wird. „Vollziehen“ kann hier m. E. nicht heißen „Ausführen“, sondern wie E I die Ausdrücke „Vollziehung der Wahl“ (§ 208) und „Vollziehung des Rücktrittes“ (§ 426) gebrauchte, nichts anderes als „Definitivwerden“[2]). Wir sind also auf Grund der Entstehungsgeschichte des § 465 berechtigt, die in § 465 BGB enthaltene Bestimmung: „Die Wandelung ist vollzogen“, dahin zu interpretieren: Die Wandelung ist zum Abschluß gebracht, d. h. das Wahlrecht des Käufers zwischen den ihm zustehenden Ansprüchen ist erloschen. Daher ist mit Thiele[3]) zu sagen: Unter Vollziehung der Wandelung ist „der Akt zu verstehen, durch welchen der mängelrügende Käufer an die von ihm getroffene Wahl gebunden wird“.

[1]) Protokolle der 2. Kommission, S. 708.
[2]) Haymann, S. 539, a. a. O.
[3]) A. a. O., S. 393.

Wenn sich also aus der Entstehungsgeschichte des § 465 BGB ergibt, daß er bestimmen soll, wann die Wandelung oder Minderung vollzogen sei, so ergeben andererseits die Protokolle[1]), daß auch der Inhalt der Gewährleistungsansprüche normiert werden sollte. „Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zugrunde liegende Konstruktion geben." Doch Frage ist, ob das Gesetz zu der Auslegung zwingt, daß — wie die Vertragstheorie behauptet — § 462 BGB einen Wandelungsvertragsabschluß enthält, und daß dies die einzige Möglichkeit der Vollziehung der Wandelung sei.

IV. Die Vollziehung der Wandelung durch Rechtsgeschäft.

Bevor auf die in § 465 BGB erwähnte Art der Vollziehung der Wandelung eingegangen wird, ist es erforderlich, vorher die Voraussetzungen[2]) derselben anzuführen.

Der mängelrügende Käufer muß das „Verlangen" gestellt haben. Welchen Inhalt das Verlangen hat, ist später zu erörten. In welcher Form das Verlangen gestellt wird, dafür ist nichts vorgeschrieben, ebenso nicht für die Frist, wenn es nur innerhalb der Verjährungsfrist von § 477 BGB geschieht. Ferner ist Voraussetzung für die Vollziehung der Wandelung nach § 465 BGB, daß das „Einverständnis" des Verkäufers gegeben ist, für das ebenfalls keine besondere Form und Frist gesetzt ist.

Die Frage: Hat § 465 BGB den Abschluß eines Aufhebungsvertrages zum Gegenstande? soll uns zunächst beschäftigen.

Auszugehen ist bei Auslegung von § 465 BGB von dem Zwecke desselben, der, wie oben nachgewiesen ist,

[1]) Protokolle, S. 710.

[2]) Vgl. Thiele, a. a. O., S. 420—426.

der ist, den Zeitpunkt für die Bindung des Käufers an seine Wahl zu bestimmen. Doch sollte, wie Protokolle S. 708, 710 beweisen, § 465 BGB nicht nur zeigen, wann die Wandelung vollzogen sei, sondern auch, wie die Wandelung vollzogen werde. Nach der Vertragstheorie soll also Vollziehung der Wandelung der Abschluß eines den Kaufvertrag aufhebenden Vertrages sein, oder, wie Schollmeyer[1]) sagt, „nichts anderes, als das beiderseitige Einverständnis von Käufer und Verkäufer, daß gewandelt werden soll“. Wenn also nach der Vertragstheorie zur Vollziehung der Wandelung der Abschluß eines Vertrages gehört, so enthält das Verlangen des Käufers einen Vertragsantrag auf Abschluß eines den Kaufvertrag aufhebenden Vertrages, auf den logischerweise die allgemeinen Grundsätze des BGB über Vertragsschließung (§ 145 ff. BGB) Anwendung finden müßten. „Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Vertragsschließung führe zu angemessenen Ergebnissen“, heißt es in den Protokollen S. 710.[2]) Doch lassen andererseits die Protokolle erkennen, daß sich die Kommission dessen wohl bewußt war, daß die strikte Durchführung der Konstruktion des § 465 BGB als Vertrag zur Disharmonie mit anderen Vorschriften des Gesetzes führen würde, und daß das Gesetz, falls in § 465 BGB ein Vertrag liegt, mit Bedacht die Regeln des Vertragsschlusses durch eine Ausnahme durchbrochen hat.[3]) Aus diesem Grunde erklärt sich auch der Abänderungsantrag[4]) des Inhalts, daß dem Verkäufer zur Annahme des Antrags eine angemessene Frist bleiben sollte. Der Vorschlag wurde jedoch abgelehnt als „nicht nötig und nicht zweckmäßig“. Die Eigentümlichkeit dieses

[1]) A. a. O., S. 29.

[2]) Ebenso Urteil des RG, ZS II v. 15. VI. 1906 bei Gruchot, Beiträge, 1907 S. 173 a. E.

[3]) Matthias, in der Deutschen Juristen-Zeitg., 7. Jahrg. 1902 No. 9 S. 206.

[4]) Protokolle, S. 710.

Vertrages liegt darin, daß „der Empfänger des Vertragsantrages zur Annahme gesetzlich verpflichtet ist, falls die Voraussetzungen für das Recht des Käufers vorhanden sind“ [1]).

Das steht bei dieser Konstruktion fest, daß man sich mit dem Wesen des Vertrages in Widerspruch setzt, wonach jeder Partei es möglich ist, das Vertragsangebot der anderen Partei zuerst zu machen; anders im Falle des § 465 BGB. Außerdem steht „der im Gesetz ausgesprochene Zwang [2]), einen Vertrag eines bestimmten Inhalts zu schließen, mit der Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Widerspruch“.

Lobe vertritt nun allerdings den Standpunkt, daß es die unabweisbare Konsequenz der Vertragstheorie sei, daß die allgemeinen Bestimmungen des Vertrages strikte Anwendung zu finden hätten, und widerlegt unter dieser Voraussetzung die Vertragstheorie. Er [3]) sagt z. B.: Zu den Voraussetzungen der Vollziehung der Wandelung gehört nach der Vertragstheorie die Erklärung der Annahme des Antrags des Käufers. Dagegen bestimmt § 151 BGB, daß ein Vertrag auch ohne die Erklärung der Annahme dem Antragenden gegenüber zustande kommt, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten sei oder der Antragende auf sie verzichtet habe. Zweifellos ein Widerspruch mit der Bestimmung in § 465 BGB! Noch deutlicher [4]) tritt der Zwiespalt zwischen § 465 und § 150 BGB hervor: Verspätete Annahme gilt nach § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag. Wird nun die Erklärung des Verkäufers verspätet abgegeben, so gilt diese verspätete Erklärung als neuer Antrag, der erst wieder der Annahme des Käufers bedarf; erst mit seiner Annahme-

---

[1]) Protokolle, S. 710.
[2]) Thiele, a. a. O., S. 399.
[3]) A. a. O., S. 107.
[4]) Lobe, a. a. O., S. 108.

erklärung kommt der Vollzug der Wandelung zustande. Auch dies harmoniert mit § 465 BGB nicht.[1])

So überzeugend sonst die Beweisführung Lobes gegen die Vertragstheorie ist, so ist doch in dieser Beziehung ihm nicht beizustimmen. Denn aus den Materialien ist ersichtlich, daß sich die 2. Kommission der Unvereinbarkeit des Vertrages nach § 465 mit anderen Gesetzesvorschriften bewußt war. Das Wort „angemessene Anwendung" kann daher m. E. nur den Sinn haben: entsprechende, nicht wörtliche Anwendung, d. h. insoweit sich die §§ 145 ff mit § 465 BGB vereinbaren lassen, sind sie anzuwenden.

Wir sind also der Meinung, daß in dieser Beziehung die Vertragstheorie nicht widerlegt werden kann. Daß die eigenartige Gestaltung des § 465 BGB, wie er sie nach der Vertragstheorie haben soll, nicht gerade für die Vertragstheorie spricht, läßt sich immerhin aus Lobes Ausführungen erkennen. Doch wird hier die Ansicht vertreten, daß der in § 465 BGB bezeichnete Vorgang überhaupt kein Vertrag ist, so daß die Kollission des § 465 BGB mit den Vorschriften der §§ 145 ff. überhaupt nicht in Frage kommt.

Da ja die Vertragstheorie zum Beweise der Richtigkeit ihrer Ansicht sich auf die Materialien beruft, so muß hier ebenfalls zur Widerlegung der Vertragstheorie und, um zu erkennen, was Rechtens ist, auf diese zurückgegangen werden.

Nach den Protokollen[2]) war Zweck der Gestaltung des Rechtes des Käufers als Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung einmal, durch einseitige Erklärung den Käufer des Wahlrechtes zwischen Wandelung und Minderung nicht verlustig gehen zu lassen, ferner zu erreichen, „daß der Anspruch der Verjährung unterworfen sei".

[1]) Wie Lobe so Grabner, bei Gruchot, Beiträge, 50. Jahrg. S. 255 ff.; Thiele, S. 406/7.

[2]) S. 680.

Warum deshalb das Recht des Käufers in dieser Weise konstruiert wurde, ist seltsam, da doch die Motive[1]) zur Begründung der dem Entwurf I zugrunde liegenden Konstruktion[2]) folgendes bemerken: „Dem Rechte auf Wandelung oder Minderung sei die Eigenschaft eines Anspruches beigelegt, um die Grundlage für die Verjährung zu gewinnen. Der Anspruch desjenigen Erwerbers, welcher bereits geleistet habe, gehe auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag entstandenen Verpflichtungen." Der E I konstruierte das Recht der Wandelung ebenfalls als Anspruch, um die Vorschriften über die Verjährung anwenden zu können. M. E. ein Beweis dafür[3]), daß sich die Mehrheit der 2. Kommission über das Wesen ihrer Konstruktion im Irrtum war, deshalb ein Grund gegen die Richtigkeit der Vertragstheorie!

Ein schwerer wiegender Beweis gegen die Richtigkeit der Vertragstheorie — ebenfalls aus den Materialien — ist folgender:

Bei Gelegenheit der Beratung, wie Klage und Verurteilung bei der Wandelung zu gestalten sei — eingehend ist dies später zu behandeln —, ist die 2. Kommission mit sich selbst in Widerspruch geraten.[4]) Hier heißt es: Die Klage des Käufers müsse „nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes gerichtet sein". Das ergehende Urteil soll hiernach also nicht notwendig auf einen Vertragsabschluß gerichtet sein. Es ist daher m. E. der Schluß gerechtfertigt, daß, wenn man auf Abschließung des Vertrages nicht zu klagen braucht, das Urteil nicht auf Abschließung des Vertrages, nicht auf Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kaufes zu lauten braucht, dann auch außerhalb des Prozesses der Abschluß eines Aufhebungsver-

[1]) Band 2, S. 238, 239.
[2]) Vgl. S. 3 dieser Darstellung am Ende.
[3]) Ebenso Haymann, a. a. O., S. 536.
[4]) Protokolle, S. 710.

trages nicht erforderlich ist[1]). Deshalb braucht nicht der Begriff der Wandelung, wie er nach der Vertragstheorie in § 465 BGB zum Ausdruck gebracht sein soll, im Abschluß eines Aufhebungsvertrages zu liegen.

Wenn also schon die Betrachtung der Materialien die Richtigkeit der Vertragstheorie in Frage stellt, so werden die Bedenken noch verstärkt, wenn wir allein das Gesetz unserer Erörterung zugrunde legen. Es sei hier nochmals im Interesse des Zusammenhanges auf die ratio legis hingewiesen. Oben ist darzulegen versucht, daß das Gesetz durch § 465 darauf abzielt, einen Zeitpunkt festzusetzen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten ist, von dem Wandelungsverlangen abzugehen. Wollte nun das Gesetz zu der Folgerung führen, daß nur durch Abschluß eines Wandelungsvertrages die Wandelung vollzogen werden könne, so mußte nach richtigem, deutschen Sprachgebrauch § 465 BGB lauten[2]): „Die Wandelung oder die Minderung *wird nur dadurch* vollzogen, daß ....“ oder zum mindesten: „Die Wandelung oder Minderung *wird* vollzogen ....“

Auch der Zusammenhang des Gesetzes spricht dagegen, daß § 465 BGB den Abschluß eines Aufhebungsvertrages zum Gegenstande hat. Die Vorschriften, welche sich rings um § 465 BGB befinden, §§ 462, 463, 466, 474, sprechen alle von dem Wandelungsverlangen.[3]) Also kann auch § 465 ohne Zwang in dem Sinne verstanden werden und braucht nicht den Sinn von Verlangen nach Einwilligung zu haben.

Ferner halten wir dafür, daß der juristische Sinn des Ausdruckes „Verlangen“ nicht der des Vertragsanerbietens

---

[1]) So Lobe, a. a. O., S. 114; Haymann, a. a. O., S. 537; Thiele, a. a. O., S. 405/6.

[2]) So zuerst Eccius bei Gouchot, Beiträge, Jahrg. 43, S. 324; Biermann, S. 326.

[3]) Staub, a. a. O., S. 1360; Francke, a. a. O., S. 519.

ist in § 465 BGB. Zunächst ist es auffallend, daß das Gesetz nichts von „Antragen", „Vereinbaren", „Übereinkommen", „Einigen" sagt, Worte, die es sonst für die vertragsmäßige Willensübereinstimmung gebraucht[1]). Eine analoge Anwendung des Wortes „Verlangen" auf andere Bestimmungen des BGB lehrt, daß „Verlangen" fast nie im Sinne eines Vertragsantrages gebraucht wird.

Wenn z. B. ein gekauftes Pferd durch Schuld des Verkäufers krepiert, so kann Käufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 325 BGB verlangen; er hat nicht nur einen Anspruch darauf, daß Verkäufer in dieses Verlangen einwillige. Dasselbe Recht des Verlangens hat der Gläubiger, der nach § 326 BGB dem Schuldner im Verzuge eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung gesetzt hat, nach Ablauf der Frist. § 1468 BGB gibt der Frau einen Anspruch auf Aufhebung der Gütergemeinschaft. Das Gesetz gibt hier ebenfalls keinen Anspruch auf Einwilligung in die Aufhebung.[2])

Gleichwohl ist dieser Beweis nicht ganz schlüssig, da zuzugeben ist, daß das „Verlangen" im Sinn eines Vertragsantrages gestellt werden kann. Denn der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nach § 749 BGB wird als ein Anspruch auf Einwilligung der übrigen Teilnehmer in die Aufhebung der Gemeinschaft konstruiert.[2]) Doch ist nicht einzusehen, warum, wenn nach § 749 Abs. 1 BGB die Auseinandersetzung von jedem einzelnen Genossen zu jeder Zeit verlangt werden kann, in dem „Verlangen" nur ein solches auf Einwilligung in die Aufhebung der Gemeinschaft liegen soll, und nicht direkt ein solches auf Aufhebung, auf Auseinandersetzung.[3])

Die Analogie ergibt also, daß das BGB Ansprüche auf Aufhebung von Rechtsverhältnissen kennt, und es ist

---

[1]) Werner, in d. Recht, 6. Jahrg., No. 11, S. 283.
[2]) Thiele, a. a. O., S. 397.
[3]) Cosack, a. a. O., II § 283 S. 459.

nicht einzusehen, warum der dem Käufer gewährte Anspruch nur ein solcher auf Einwilligung in den Aufhebungsvertrag sein soll und nicht ein Anspruch unmittelbar auf Rückgängigmachung des Kaufes, da das Gesetz m. E. keine entgegengesetzte Bestimmung enthält.

Eccius war in seinem ersten Aufsatze[1]) der Ansicht, daß § 465 BGB den Abschluß eines Vertrages enthalte. Er sagt: Das in § 465 BGB erwähnte Verlangen habe das Verlangen nach Zustimmungserklärung zum Inhalt und nicht nach Wandelung selbst, weil es in § 465 heiße: „auf Verlangen", und nicht: „auf das Verlangen" oder: „auf das Verlangen der Wandelung". Deshalb enthalte das Verlangen ein Angebot, und in der Erklärung des Einverständnisses liege aus diesem Grunde die einen Vertragsabschluß vollendende Annahme dieses Angebotes. Da wir als den Ausgangspunkt unserer Erörterungen § 462 BGB gewählt hatten, so konnten wir danach den Inhalt des Verlangens des Käufers und also auch den des Wandelungsanspruchs als auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf gerichtet ansehen. Dieser Auffassung ist nun auch offenbar Eccius beigetreten, wenn er sagt[2]): „Das Recht auf die Leistungen, die im Falle der Wandelung zu fordern sind, bedingt durch eigene Gegenleistungen, ist nur ein anderer Ausdruck für das Recht auf Wandelung selbst. Wer den Anspruch auf Wandelung erhebt, schreibt sich eben jenes Recht als ein bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache aus dem Kaufvertrag entspringendes Recht zu."

Es soll noch aus einem anderen Gesichtspunkt heraus der Begriff „Verlangen" erläutert werden.

Der Anspruch des Käufers, der in dem Verlangen liegt, ist also nach der Vertragstheorie von der Mitwirkung der Partei, gegen welche der Anspruch sich

[1]) Gruchot, Beiträge, Bd. 43 S. 323.
[2]) In Gruchot, Beiträge, Bd. 51 S. 529.

richtet, abhängig gemacht. Das BGB definiert nun in § 194 den Begriff des Anspruchs als das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Wenn nun das Gesetz in § 462 unter bestimmten Voraussetzungen einen solchen Anspruch gewährt — nach unserer Auffassung gerichtet auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf —, so kann es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, einen solchen Anspruchsberechtigten auf die Mitwirkung der Gegenpartei anzuweisen; denn dann gewährt er in Wirklichkeit diesen Anspruch nicht.[1])

Schließlich besagt eine grammatikalische Interpretation folgendes: Was ich verlangen kann, das kann ich auch erzwingen, und das Recht daraus „ist unabhängig davon, ob der Gegner sich damit einverstanden erklärt oder nicht".[2]) Das Recht des Käufers, der etwas verlangen kann, ist ein schon vorhandenes Recht, und auf Grund dieses vorhandenen Rechtes erhebt er seinen Anspruch.

Der Zusammenhang dieser Ausführungen mit der gestellten Aufgabe, nachzuweisen, ob § 465 BGB einen Aufhebungsvertrag zum Gegenstande hat, ist der: Da das „Verlangen" des § 465 BGB seinen Ursprung und Inhalt in § 462 BGB hat, also der Ausfluß des in § 462 BGB gewährten Rechtes ist, so hat nach unserer Ansicht der Käufer unmittelbar einen Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf.

Nach der Vertragstheorie wird das Einverständnis als Vollendung eines Vertrages aufgefaßt. Wenn nun der Verkäufer eine Erklärung eines bestimmten Inhalts abgeben muß, da ja der Käufer unter der Voraussetzung der Mangelhaftigkeit das Einverständnis verlangen kann, so kann Verkäufer den Vertragsantrag überhaupt nicht ablehnen.

[1]) Müller, a. a. O., S. 56.
[2]) Thiele, a. a. S., S. 400.

Wenn wir auch anerkannt haben, daß die allgemeinen Vorschriften über Verträge nicht wörtliche Anwendung zu finden brauchen, so läßt doch die Konsequenz der Vertragstheorie, daß der Verkäufer eine Erklärung eines bestimmten Inhalts abgeben muß, den Schluß zu, daß von einem Vertrage im Sinne des BGB überhaupt keine Rede sein kann. Der Begriff „Einverständnis" muß also eine andere Bedeutung haben, als wie die Vertragstheorie ihm beilegt: Wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit der Wandelung einverstanden erklärt, so kann, da es sich um keinen Vertrag handelt, das nur bedeuten, daß er anerkenne, daß die behaupteten Mängel vorhanden seien und daß deshalb der Käufer berechtigt sei, Wandelung zu verlangen.[1]) Der Zweck des § 465 BGB tritt bei dieser Auslegung wieder deutlich zutage: Das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers nach Wandelung oder Minderung sein Einverständnis erklärt.[2]) Diese Einverständniserklärung kann der Verkäufer solange abgeben, bis der Käufer sein Wandelungsverlangen nicht zurückgenommen hat.[3])

Was haben nun also die beiden Erklärungen im BGB § 465 in Wirklichkeit zu bedeuten?

Wandelungs- und Minderungsansprüche aus § 462 BGB sind „aktive Alternativobligationen"[4]) mit der Eigentümlichkeit, daß die getroffene Wahl des Käufers bis zur Vollziehung der Wandelung widerrufen werden kann. Der Grund dieser Bestimmung, und daß nicht schon das Wahlrecht mit der Stellung des Verlangens erlischt, ist — wie wiederum hervorgehoben werden muß —, das ius variandi des Käufers zu verlängern. Es soll der Käufer, der sich zunächst für die Wandelung entschieden

[1]) Grabner, in Gruchot, Beiträge, 51. Jahrg. S. 521.
[2]) Grabner, in Gruchot, Beiträge, 50. Jahrg. S. 256.
[3]) Staub, a. a. O., S. 1360.
[4]) Langheineken, a. a. O., S. 200 u. 232.

hatte, z. B. bei darauf hereinbrechendem Konkurse des Verkäufers noch die Möglichkeit haben, bis zum erklärten Einverständnis wieder von der Wandelung abzugehen.[1]) Das „Verlangen“ ist nicht als Vertragsantrag aufzufassen, da, wie nachzuweisen versucht worden ist, der Begriff „Verlangen“ kein Ausdruck ist, den das Gesetzbuch speziell für einen Vertragsantrag gebraucht. Vielmehr ist das „Verlangen“ eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Ebenso wie das „Verlangen“ ist das nachfolgende „Einverständnis“ als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung aufzufassen.[2]) Auf die Erklärungen des Käufers und Verkäufers finden lediglich die Vorschriften der §§ 116 ff. Anwendung. Der Streit über die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über Verträge verliert bei dieser Auffassung jegliche Bedeutung.

Es liegt also nach unserer Auffassung in dem vom Verkäufer auf Verlangen des Käufers nach § 465 BGB erklärten Einverständnis eine Vollziehung der Wandelung, wobei natürlich stets die strenge Unterscheidung zwischen Vollziehen und Ausführen zu beachten ist. Daß aber die Vollziehung der Wandelung nach § 465 BGB nicht der einzige Fall der Vollziehung der Wandelung ist, soll in folgendem nachgewiesen werden. Gelingt dieser Nachweis, so wäre dadurch ein entscheidender Schlag gegen die Vertragstheorie geführt, da die Begriffsbestimmung der Vertragstheorie sich als fehlerhaft erwiese. Daß § 465 BGB nur einen Fall der Wandelungsvollziehung darstellt, läßt schon seine Fassung erkennen.[3]) Denn sollte im § 465 nur die einzige Möglichkeit gegeben sein, so mußte diese Vorschrift lauten: „Die Wandelung ....

---

[1]) Protokolle S. 709.

[2]) So Grabner bei Gruchot, Beitr., 50. Jahrg. S. 260; Werner, in d. Recht, 6. Jahrg. No. 11 S. 283; Langheineken, a. a. O., S. 232; Eccius bei Gruchot, Beitr., 51. Jahrg. S. 529.

[3]) Langheineken, S. 231.

wird dadurch vollzogen, daß sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."[1])

In der Natur der Sache liegt es, daß, „wenn der vom Käufer gewählte Anspruch ganz oder teilweise erfüllt wird, sei es durch freiwillige Zahlung des Verkäufers, sei es durch Zwangsvollstreckung und dgl."[2]), darin eine Vollziehung der Wandelung liegt. Durch die von Cosack angeführten Schuldtilgungsarten ist dem Käufer die Möglichkeit genommen, auf den anderen Gewährschaftsanspruch zurückzukommen. Die Wahl wird also auch dadurch unwiderruflich, definitiv; die Wandelung also auf eine andere Art als die in § 465 BGB genannte vollzogen.

Viele Gegner[3]) der Vertragstheorie wollen in § 466 BGB einen Beweis gegen die Vertragstheorie finden.

Da der Verkäufer an der Vollziehung der von dem Käufer in Anspruch genommenen Wandelung oder Minderung ein Interesse hat, weil bis zur Vollziehung der Verkäufer der Änderung der Wahl ausgesetzt ist und weil mit der Vollziehung der Wandelung der Anspruch des Verkäufers auf Rückgewähr entsteht[4]), so kann gemäß § 466 BGB der Verkäufer den Käufer zu einer endgültigen Wahl nötigen. Das ist der Zweck des § 466 BGB. Behauptet also „der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe

---

[1]) Dieselbe Argument wurde in anderem Zusammenhang schon benutzt, vgl. S. 16.

[2]) Cosack, a. a. O., I S. 444 § 127; Thiele, a. a. O., S. 412.

[3]) So Lobe, a. a. O., S. 108, 117; Staub, a. a. O., S. 1459 Anm. 46; Biermann, a. a. O., S. 327; Thiele, a. a. O., S. 412/3; Müller, a. a. O., S. 55; Eccius, a. a. O., S. 326/7.

[4]) Neumann, a. a. O., zu § 465, No. 5, S. 349.

der Frist verlangt werden“ (§ 466). Verlangt nun in diesem Falle der Käufer innerhalb der gesetzten Frist Wandelung, so nehmen oben genannte Schriftsteller an, daß das Verlangen des Käufers die Annahme der in dem Erbieten des Verkäufers enthaltenen Wandelungsofferte darstellt. Die Vollziehung der Wandelung trete also nicht durch eine auf Verlangen des Käufers abgegebene Erklärung des Verkäufers ein, sondern durch eine auf Aufforderung des Verkäufers abgegebene Erklärung des Käufers ein. Sie werde also in einer anderen als der in § 465 BGB angegebenen Weise vollzogen. Ich schließe mich hier der Meinung Langheinekens[1]) an, welcher sagt: „Von grundsätzlich gleicher Bedeutung ist das Erbieten zur Wandelung gemäß § 466, nur mit dem Unterschiede, daß es eine bedingungsweise abgegebene Zustimmung enthält (geknüpft nämlich an die Bedingung, daß der Käufer sich für die Geltendmachung des Wandelungsanspruches entscheiden werde), und daß ihm zugleich die Kraft beigelegt worden ist, eine Präklusivfrist für den Wandelungsanspruch in Lauf zu setzen.“

In eine bedenkliche Lage gerät jedoch die Vertragstheorie, wenn es sich nicht um eine Speziessache, sondern um eine nur der Gattung nach bestimmten Sache handelt. § 480 BGB bestimmt, daß der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandelung oder Minderung verlangen kann, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. „Auf diesen Anspruch“, heißt es dann weiter, „finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464—466 . . . . entsprechende Anwendung.“ Also auch § 465! Staub[2]) stellt mit Recht die Frage: „Soll nun etwa auch dieses Recht erst entstehen durch einen Vertrag, Inhalts dessen der Käufer die Lieferung einer

[1]) A. a. O., S. 233.
[2]) A. a. O., S. 1359, Anm. 46.

mangelfreien Sache verlangt und der Verkäufer sich mit dieser einverstanden erklärt?“ Planck [1]) zieht allerdings diese Konsequenz aus der von ihm vertretenen Vertragstheorie, wenn er sagt: „Die auf die Nachlieferung gerichtete Wahl des Käufers ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit der verlangten Nachlieferung einverstanden erklärt.“ Diese Ansicht Plancks steht aber in einem unlösbaren Widerspruch mit der Vorschrift des Gesetzes. Denn nach § 480 Abs. 1 Satz 1 hat der Käufer nicht nur einen Anspruch darauf, daß sich der Verkäufer zur Nachlieferung einer mangelfreien Sache bereit erkläre, sondern direkt einen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Da nach § 480 Abs. 2 auch § 465 entsprechende Anwendung findet, soll nunmehr nach Planck und der Vertragstheorie der Anspruch darauf gehen, daß der Verkäufer seine Einwilligung in einen Vertrag gibt, kraft dessen der Käufer ein Recht auf Nachlieferung enthält; doch gewährt § 480 Abs. 1 ein unmittelbares Recht auf Nachlieferung. Die Vertragstheorie gerät hier also mit einer klaren Bestimmung des Gesetzes in Kollision. [2])

Wir können aus dieser Darlegung für die Richtigkeit des von uns vertretenen Standpunktes wertvolle Schlüsse ziehen: 1. Es war richtig, daß bei der Definition des Wandelungsanspruches nicht von § 465 vbd. mit § 462 BGB, sondern allein von § 462 ausgegangen wurde. Denn wenn auf § 480 BGB auch § 465 entsprechende Anwendung findet und der in § 480 Abs. 1 Satz 1 gewährte Anspruch unmittelbar auf Lieferung einer mangelfreien Sache geht, dann ist nicht einzusehen, warum § 465 einen Anspruch auf Abschließung eines Vertrages enthalten soll, m. a. W., weshalb der in § 462 gewährte Wandelungsanspruch auf „Rückgängigmachung des Kaufes“ nur ein Anspruch auf Einwilligung in einen Wandelungs-

[1]) A. a. O., zu § 480, Nr. 3 b.

[2]) Außer Staub, Haymann, a. a. O., S. 541; Müller, a. a. O., S. 53/4; Biermann, a. a. O., S. 337.

vertrag sein soll. Der Wandelungsanspruch geht also auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf. 2. Die für die Vertragstheorie wesentliche Bestimmung, daß die Wandelung sich nur in der Form eines auf Einwilligung in die Wandelung gerichteten Vertrages vollziehen kann, wird lahm gelegt durch § 480. Wenn es bei § 466 zweifelhaft war, ob in diesem Paragraph die Vollziehung der Wandelung auf eine andere als die in § 465 bezeichneten Weise bewirkt werden könne, so ist aus § 480 ersichtlich, daß hierin eine andere Art der Vollziehung liegt. Bezüglich der Wirkungen der nach § 465 vollzogenen Wandelung gilt das wiederholt Gesagte, daß durch die Vollziehung der Wandelung das ius variandi des Käufers zum Erlöschen gebracht wird. Es war S. 6 gesagt worden, daß der Wandelungsanspruch des Käufers, welcher bereits geleistet hat, auf Rückerstattung desjenigen geht, was der Verkäufer erhalten hat; der Wandelungsanspruch des Käufers, welcher noch nicht geleistet hat, auf Befreiung der durch den Kaufvertrag entstandenen Verbindlichkeiten gerichtet ist. Die Wirkungen der vollzogenen Wandelung sind infolgedessen verschiedene. Im ersten Falle bildet die Vollziehung der Wandelung einen „Entstehungsgrund für die Ansprüche auf Rückleistung, Schadenersatz und Ersatz der Vertragskosten“ [1]). Im zweiten Falle erlöschen die noch unerfüllten Verpflichtungen, „weil der Ausübung des Rücktrittsrechtes diese Bedeutung zukommt“ [1]).

Würde also im letzteren Falle der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises klagen, der Käufer sich dagegen auf die Vollziehung der Wandelung berufen, so würde darin m. E. eine rechtstilgende Einwendung zu erblicken sein, durch die der klägerische Anspruch zurückgeschlagen würde. Hat der Käufer die Kaufsache bereits in Besitz, so erwachsen also auch dem Verkäufer Rechte, indem

---

[1]) Langheineken, a. a. O., S. 234.

ihm mit der Vollziehung der Wandelung ein Anspruch auf Rückgewähr der Kaufsache entsteht. Für die nunmehrigen Ansprüche kommen natürlich die Vorschriften über die Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht zur Anwendung, da ja von einem Anspruch auf Wandelung überhaupt nicht mehr die Rede ist.

Wir haben bis jetzt den Nachweis zu führen gesucht, daß sich die Vollziehung der Wandelung nach § 465 nicht in der Form eines Vertrages gestaltet, ferner, daß in § 465 nur eine besondere Art der Vollziehung der Wandelung liegt.

Diese Art der Vollziehung der Wandelung bietet dem Käufer bestimmte Vorteile. Denn es bedarf einerseits in diesem Falle keines Richterspruches mehr, der die Rückgängigmachung ausspricht, es kann andererseits, wenn der eine oder andere Teil sich nicht dem Einverständnis entsprechend verhält — z. B. das Empfangene nicht zurückgewährt —, selbständig auf Grund der Vereinbarung des § 465 BGB geklagt werden [1]).

V. Die Vollziehung der Wandelung durch Urteil.

Wir haben bis jetzt darzulegen versucht, wie sich eine Wandelung im friedlichen Rechtsverkehr „vollzieht". Wie gestalten sich nun die Rechtsverhältnisse, wenn eine gütliche Einigung nicht zustande kommt, wenn sich der Verkäufer weigert, in die Wandelung einzuwilligen, und es also einer zwangsweisen Durchführung des Wandelungsanspruches bedarf?

Die logische Konsequenz der Vertragstheorie ist, daß der Verkäufer, der sich weigert, einen Vertrag auf Einwilligung in die Wandelung einzugehen, darauf verklagt werden kann, und es wird „durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der ZPO seine Einwilligung

[1]) Düringer-Hachenburg, S. 139.

ersetzt“ [1]). Der Klagantrag müßte also lauten: den Beklagten zu verurteilen, sich mit der Wandelung des Kaufes einverstanden zu erklären. Nachdem nun Käufer den Abschluss des Wandelungsvertrages durch die Verurteilung des Verkäufers erreicht hat, kann er gegen diesen erst mit der Rechtskraft dieses Urteiles weiter vorgehen. Denn nach § 894 ZPO gilt, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, die Erklärung als abgegeben, „sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat“. Dann erst kann Käufer sein Recht auf Rückzahlung des Kaufpreises oder auf Befreiung von der Kaufpreisforderung geltend machen. Er ist also auf den umständlichen Weg doppelter Klageanstellung angewiesen. Wie spät kann hiernach Käufer erst zu seinem Rechte kommen, wenn man bedenkt, daß der erste Prozeß möglicherweise durch drei Instanzen geführt werden kann!

Dieser Konsequenz suchen die Vertreter der Vertragstheorie dadurch zu entgehen, daß sie sagen, daß mit der Klage auf Abschluß des Wandelungsvertrages auch zugleich die Klage aus der durch diesen Vertrag vollzogenen Wandelung erhoben werden könne mit dem Erfolge, daß in dem einen Prozesse zugleich über die beiden Ansprüche entschieden würde, etwa so: den Beklagten zu verurteilen, in die Wandelung zu willigen und demgemäß den Kaufpreis gegen Rückgabe der Sache zurückzugeben, oder sich einer Geltendmachung der Kaufpreisforderung zu enthalten.

Auch in dieser Beziehung folgen die Vertreter der Vertragstheorie den Ausführungen der Mehrheit der 2. Kommission [1]), wo es heißt: „Von selbst verstehe es sich, daß der Käufer diese Ansprüche zugleich mit dem zugrunde liegenden Anspruch auf Aufhebung des Kaufes geltend machen könne.“ Eccius [2]) sagt mit Recht zu

[1]) Protokolle S. 680.

[2]) In Gruchot, Beitr., 43. Jahrg. S. 318.

dieser Stelle: „Der Ausdruck „selbstverständlich“ bezeichnet ja oft nur ein wünschenswertes Ergebnis, dessen Begründung nicht oder nicht leicht zu geben ist.“

Schon aus logischen Gründen erscheint die Verbindung der beiden Klagen durchaus nicht so selbstverständlich; denn wenn der Anspruch auf Rückgewähr erst aus dem Wandelungsvertrage entsteht, so muß dieser erst abgeschlossen sein, bevor auf Rückzahlung des Kaufgeldes geklagt werden kann. Auch die rechtlichen Bedenken sind erheblicher Natur.

In der Möglichkeit bezw. Unmöglichkeit einer gleichzeitigen Verurteilung zum Abschluß und zur Realisierung des Wandelungsvertrages liegt der Kernpunkt des Streites zwischen Vertrags- und Restitutionstheorie. Im Falle der Bejahung der Möglichkeit der Verbindung der beiden Klagen wären allerdings die Anhänger der Vertragstheorie über die Hauptschwierigkeit weg. Doch ist m. E. die Verbindung beider Klagen durch den Käufer nicht zu rechtfertigen. Denn läßt man sie wirklich zu — wie es ja allerdings auch die Praxis [1]), soweit sie auf dem Boden der Vertragstheorie steht, tatsächlich handhabt —, so können wir mit Recht mit Matthias [2]) sagen, „erwiese sich die rein formale Bedeutung des Anspruches auf Vertragsabschluß und die Zwecklosigkeit des künstlichen Aufbaues der 2. Kommission; denn, welches Interesse hätte dann wohl der Käufer noch an der Vertragserklärung des Verkäufers?“

Bei einer Verbindung des Rückerstattungsanspruches mit dem Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung liegt das Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer so: dem Käufer gibt man einen Anspruch, den er nach den Parteiabsichten noch nicht haben sollte, den Ver-

[1]) Vgl. die Rechtsprechung der OLG, 4. Bd. No. 3 S. 35; RG ZS II vom 21. X. 1904 Bd. 59 No. 29 S. 98; RG ZS VII vom 16. IX. 1904 Bd. 58 No. 108 S. 424.

[2]) A. a. O. in Deutsche Juristztg., 7. Jahrg. 1902 No. 9 S. 207.

käufer nötigt man, sich gegen einen Anspruch zu verteidigen, der gegen ihn noch nicht besteht und ihm eine Verteidigung aus Vorgängen abschneidet, die erst nach Abschluß des Einwilligungsvertrages existent werden[1]).

In der Vorwegnahme dieser allgemeinen gegen die Vertragstheorie sprechenden Gründe konnte und sollte natürlich noch nicht ein entscheidender Beweis gegen die Zulässigkeit der Verbindung beider Klagen geführt werden. Nunmehr soll im Anschluß an die verschiedenen Begründungsarten der einzelnen Vertreter der Vertragstheorie eine Widerlegung dieser Ansichten versucht werden.

Zur Begründung seiner Ansicht, „prozessualisch mit der Klage auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers alsbald diejenige auf reelle Rückgewähr zu verbinden", führt Kipp[2]) aus dem römischen Recht an, daß mit der querela inofficiosi testamenti die hereditatis petitio ab intestato verbunden werden könne; daß also derjenige, der seinen Pflichtteil nicht erhalten hatte, mit der Klage, durch die das Testament angefochten und vernichtet wurde, die Klage aus dem Erbschaftsherausgabeanspruch gegen den Erben verbinden könne, um also ein Urteil zu erlangen, welches den Erben zur Herausgabe des auf Grund eines testamentum inofficiosum an ihn gelangten Nachlasses verurteilt. Haymann[3]) hält dieses Beispiel deshalb nicht für vollbeweisend, „weil der präjudizielle Anspruch garnicht auf eine Willenserklärung, sondern auf eine Aufhebung rechtlicher Wirkungen durch Richterspruch gerichtet ist". Wenn nun auch Kipps Nachweis

---

[1]) Matthias, in d. deutschen Jur. Ztg., 7. Jahrg. 1902 No. 9 S. 206.

[2]) Zu Windscheid, § 395 S. 704, Festgabe der Kieler Juristenfakultät, a. a. O., S. 61ff; ebenso Schollmeyer, S. 31 a. a. O., ferner Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 382 a. a. O. und Lehrbuch, a. a. O. S. 375/6.

[3]) A. a. O., S. 514.

für das römische Recht richtig sein sollte, so ist eine Begründung mit einem Satz, der den Standpunkt des römischen Zivilrechtes wiedergibt, von wenig durchschlagender Beweiskraft.[1])

Eine eigenartige Ansicht vertreten Goldmann-Lilienthal.[2]) Nach ihnen ist es nicht erforderlich, daß der Antrag, den Verkäufer zu verurteilen, sein Einverständnis mit dem Verlangen des Käufers nach Rückgängigmachung des Kaufes zu erklären, ausdrücklich gestellt wird. Der Käufer, der gegen den Verkäufer auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises klagt, verlangt implizite vom Verkäufer, daß dieser sich mit der Aufhebung des Kaufes einverstanden erklärt.

Wenn man diesen Standpunkt einnimmt, so gibt man m. E. die Vertragstheorie, die doch die Verfasser einnehmen, auf. Wenn es nach der Vertragstheorie richtig ist, daß der Anspruch auf Abschluß des Wandelungsvertrages erhoben werden muß, so muß konsequenterweise der Klaganspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises zurückgewiesen werden.

Das Hauptargument, welches die Anhänger der Vertragstheorie für die Zulässigkeit der Verbindung der Klagen vorbringen, ist § 259 ZPO.

Voraussetzung für § 259 ist ein Schuldverhältnis zwischen dem Kläger und dem zu Beklagenden, welches den ersteren berechtigt, künftige Entrichtung einer Leistung zu verlangen.[3]) Für die Klage ist ferner notwendig, ein besonderes Interesse des Klägers an der alsbaldigen Verurteilung. Das Interesse besteht in der nach den Umständen gerechtfertigten Besorgnis, daß der

---

[1]) Haymann, a. a. O., S. 515.

[2]) A. a. O., § 135 No. 4b; ebenso Gaupp-Stein, a. a. O., zu § 259 ZPO IIb S. 569.

[3]) Hellwig: Anspruch und Klagrecht, S. 381.

Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Dies Interesse ist ein Teil des Klaggrundes.[1])

Kuhlenbeck[2]), der es für zulässig hält, daß der Käufer „mit der Klage auf „Vollziehung der Wandelung" zugleich diejenige auf die sich hieraus für ihn ergebenden Ansprüche verbindet[3]), ist der Ansicht, daß die Besorgnis, sobald der Verkäufer die Wandelung ablehnt, immer gegeben ist. Ebenso Dernburg[3]), indem er sagt: „Wenn der Beklagte sich zur Abgabe der Einwilligung in die Wandelung weigert, so ist stets die Besorgnis gerechtfertigt, daß er sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde." Er empfiehlt folgenden Klagantrag: „Den Beklagten zu verurteilen, in die Wandelung des Kaufvertrages einzuwilligen, und demgemäß an Kläger den Kaufpreis gegen Rückgabe der Sache zurückzuzahlen."

Kloß[4]) schlägt folgende Formulierung des Klagantrages vor: den Beklagten zu verurteilen, 1. mit der Wandelung sich einverstanden zu erklären, 2. wenn so erkannt werde, demgemäß den Preis usw. zurückzugeben. Kloß sagt selbst, daß in dieser Formulierung ein eventueller Klagantrag liegt. Ebenso liegt m. E. in der von Dernburg vorgeschlagenen Klagantragsformulierung ein versteckter eventueller Klagantrag.

Schollmeyer[5]) will ebenfalls aus der Annahme heraus, daß die Klagen auf bedingte Leistungen unter die Klagen auf künftige Leistungen zu rechnen sind, die Klageverbindung zulassen. Er sagt so: Wenn dem Käufer das Recht auf Vollziehung der Wandelung — nach der Vertragstheorie also das Recht auf Abschluß des Wandelungsvertrages — zustehe, so habe, da es sich um die Geltend-

---

[1]) Gaupp-Stein, a. a. O., zu § 259 S. 567.
[2]) A. a. O., S. 260.
[3]) A. a. O., S. 58 Anm. 12, 13.
[4]) A. a. O., S. 18.
[5]) A. a. O., S. 31.

machung gesetzlich bedingter Ansprüche handele, der Käufer für den Fall der Vollziehung auch schon den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache.

Ähnlich argumentiert Flechtheim[1]), um die Verbindung der Klagen zu rechtfertigen: Bedingt sei der Anspruch auf Erfüllung des Wandelungsvertrages, der Abschluß des Wandelungsvertrages sei also die condicio iuris für den Rückleistungsanspruch. Diese sei erfüllt „mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandelung". Nicht hinter der Rechtskraft des Urteils auf Abgabe der Willenserklärung, sondern in derselben liege daher die Nativität des Anspruchs. Da das rechtskräftige Urteil die Bedeutung eines maßgeblichen autoritativen Ausspruches habe, der Richter also als in diesem Moment judizierend gedacht werde, so schaffe er durch die Verurteilung zum Wandelungsvertragsschlusse Rechtswirkungen und könne auf Grund dieser Rechtswirkungen eine weitere Verurteilung folgen lassen. Sonach erscheine alles auf den Zeitpunkt der Rechtskraft zusammengedrängt. Die 2. Verurteilung erfolge, um mit der 1. rechtskräftig zu werden.

Wenn die Begriffsbestimmungen der Vertreter der Vertragstheorie richtig sind, so ist zunächst festzustellen, daß das Gesetz dem Käufer nur einen Anspruch auf den Vertragsabschluß gibt; es macht nicht die Geltendmachung des Anspruchs auf Rückgewähr von dem Abschlusse des Wandelungsvertrags abhängig. Es gibt nicht den Anspruch auf Rückgewähr unter der condicio iuris des Vertragsschlusses[2]). Der Anspruch auf Rückgewähr entsteht erst aus dem Wandelungsvertrage, vor dessen Abschluß eine Prozeßverhandlung über diesen Anspruch nicht stattfinden kann. Der Rückgewähranspruch besteht, wenn

[1]) A. a. O., S. 74.

[2]) Biermann, a. a. O., S. 334; Matthias i. d. Deutschen Jur. Ztg., a. a. O., S. 207.

er überhaupt erst mit Abschluss des Wandelungsvertrages zustande kommt, auch noch nicht einmal als bedingter. Er hat vielmehr zum Fundament [1]), nicht zur Bedingung den Wandelungsvertrag. Außerdem „gibt es keine Klage auf Leistungen [2]), die unter der Bedingung angestellt wird, daß der Verklagte einen Vertrag schließen werde, und ebensowenig kann unter der Bedingung, daß der Verklagte zu einem Vertragsschluß in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschluß zu beanspruchende Leistung geklagt werden. Ein Anspruch, dessen Nativität erst nach der Rechtskraft eines im Prozeß erbetenen Urteils liegt, ist notwendig, solange der Prozeß dauert, actio nondum nata". Außerdem verstößt die Ansicht Flechtheims gegen einen allgemeinen prozeßualen Rechtssatz. „Denn der Richter hat seinem Urteil den in den Prozeß eingeführten Tatbestand, wie er am Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, gegeben ist, zugrunde zu legen" [3]) und nicht den Zeitpunkt der Rechtskraft eines zu erlassenden Urteils.

v. Thur [4]) sucht die Unmöglichkeit der Klageverbindung mit Hilfe der Analogie zu beweisen. Ein solches hysteron proteron liege nicht im Sinne der Gesetzgebung, wie der ähnlich liegende Fall des § 1418 vbd. mit § 1422 beweise. Danach entsteht erst mit der Rechtskraft des Urteils, durch welches dem Ehemann die Verwaltung und Nutznießung entzogen wird, der Anspruch der Ehefrau auf Herausgabe des eingebrachten Gutes. Die gleichzeitige Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Herausgabe des eingebrachten Gutes ist hier nicht für zulässig erachtet worden.

---

[1]) Haymann, a. a. O., S. 517.
[2]) Eccius, in Gruchot, Beitr. Bd. 43 S. 320.
[3]) Langheineken, a. a. O., S. 217; Haymann, a. a. O., S. 520.
[4]) A. a. O., S. 445; ebenso Langheineken, a. a. O., S. 218.

Mit dieser Argumentation wird man die Gegner nicht überzeugen können, da sie ja kein zwingendes Moment enthält.

Wenn wir nun auch zugeben, daß es sich bei der Klageverbindung um bedingte Ansprüche handele, so fragt es sich, ob wirklich in jedem Fall „den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde", wie Kuhlenbeck und Dernburg[1]) annehmen. Der normale Fall wird doch der sein, daß ein Verkäufer, dessen Einwilligung in die Wandelung durch Richterspruch ersetzt worden ist, nachdem er eingesehen hat, daß seine Weigerung ungerechtfertigt war, alsbald seinen Verpflichtungen nachkommt. Man kann m. E. nicht daraus, daß der Verkäufer, in der Meinung, er sei im Recht, die Zulässigkeit der Wandelung bestreitet, folgern, daß er sich auch der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.[2])

Es wurde hier der Standpunkt vertreten, daß das Gesetz nicht zu der Auslegung zwinge, daß § 465 BGB einen Vertrag enthalte und daß ein solcher der einzige Weg der Vollziehung der Wandelung sei, daß vielmehr § 465 zwei einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen enthalte. Will Käufer den ihm in § 465 gegebenen Weg gehen, so hat er auch dadurch gewisse Vorteile.[3]) Kommt aber eine Einigung nicht zustande, so besteht bei unserer Auffassung des Gesetzes überhaupt keine Möglichkeit, darauf zu klagen, daß sich Verkäufer mit der Wandelung einverstanden erkläre.[4])

---

[1]) Vgl. S. 31 dieser Darstellung.

[2]) So Haymann, a. a. O., S. 517/8; Lobe, a. a. O., S. 112; Biermann, a. a. O., S. 333/4.

[3]) Vgl. S. 20/21 dieser Darstellung.

[4]) Langheineken, a. a. O., S. 244; Eccius bei Gruchot, Beitr., 43 S. 326; Enneccerus, a. a. O., S. 605; Thiele, a. a. O., S. 414; Heuer, a. a. O., S. 80; Fischer-Henle, a. a. O., Anm. 3 zu § 465 S. 245/6.

Der Klagantrag ist also dahin zu stellen: den Beklagten zu verurteilen zur Rückzahlung des Kaufpreises oder zur Aufhebung der etwa noch bestehenden Kaufpreisforderung. Stellt man sich auf unseren Standpunkt, so werden alle Bedenken, die sich aus der Vertragstheorie ergeben, hinfällig. Würde der Käufer in seinem Klagantrag aufnehmen die Verurteilung zur Einwilligung in die Wandelung, so müßte m. E. die Abweisung der Klage zu erfolgen haben, da der Verkäufer dem auf Einwilligung in die Wandelung (Rückgängigmachung des Kaufes) gerichteten Klagebegehren entgegenhalten könnte: Du, Käufer, kannst Deine Rechte direkt aus § 462 herleiten.[1])

Falls nun Verkäufer der Mängelrüge des Käufers zuvorkommen würde, also nach Abschluß des Kaufvertrags und Übergabe des Kaufgegenstandes seinerseits auf Zahlung des Kaufpreises klagen würde, so stünden dem Käufer zwei Wege zur Verteidigung offen: Die sog. Einrede des Wandelungsanspruchs[2]) und die Widerklage.

Über die Widerklage ist wenig zu sagen. Da die Ansprüche des Käufers und Verkäufers in rechtlichem Zusammenhang stehen, so dürften ihr durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung über die Klage des Verkäufers keine Bedenken entgegenstehen. Die Formulierung des Klagantrags der Widerklage bleibt dieselbe.

Wir haben nun noch die Aufgabe, die Wirkungen des Urteils darzulegen, das auf Klage des Käufers den Verkäufer zur Wandelung verurteilt.

Mit der Rechtskraft des Urteils wird das ius variandi des Käufers zum Erlöschen gebracht m. a. W., die Wandelung ist in dem Moment der Rechtskraft des Urteils vollzogen. Eccius[3]) sagt aber: Das „im Prozeß ergehende Urteil, ja das rechtskräftige Urteil kann den Käufer nicht

---

[1]) Thiele, a. a. O., S. 414 und Alle, S. 88 Anm. 2 Genannte.

[2]) Von dieser ist ausführlich später zu sprechen.

[3]) A. a. O., bei Gruchot, Beitr., 43 S. 331.

binden, bei seiner Wahl zu bleiben. Ich weiß nicht, worauf sich eine solche, an sich wünschenswerte Gebundenheit gründen soll". Die Gebundenheit ergibt sich m. E. aus allgemeinen prozessualischen Grundsätzen: res iudicata facit ius inter partes.[1]) Wenn der Käufer also Wandelung gewählt hatte, so kann er nunmehr nicht mehr auf die Minderung zurückkommen. Hatte der Käufer bereits geleistet, so bewirkt die Rechtskraft dieses Urteils die Entstehung des Anspruchs auf Rückerstattung desjenigen, was der Verkäufer erhalten hat. Hatte der Käufer noch nicht geleistet, so bewirkt die Rechtskraft des Urteils die Entstehung des Anspruchs darauf, daß sich der Verkäufer einer Geltendmachung der Kaufpreisforderung enthalte. Die Wirkungen sind also dieselben, wie die der gemäß § 465 erfolgten Vollziehung der Wandelung.[2])

VI. Die Einrede des Wandelungsanspruchs.

Das Gesetz gibt in § 478 dem Käufer, der den Anspruch auf Wandelung hat verjähren lassen, nach der Vollendung der Verjährung des Wandelungsanspruchs das Recht, „die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandelung dazu berechtigt sein würde, die sog. Wandelungseinrede. Doch ist sie an die Voraussetzung geknüpft, daß der Käufer vor Ablauf der Verjährungszeit dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet hat. Ihrer juristischen Natur nach ist sie eine peremtorische Einrede[3]), da ja durch sie die Geltendmachung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung dauernd ausgeschlossen werden soll.

Daß das aus der Einrede des Wandelungsanspruchs sich ergebende Verweigerungsrecht der Zahlung des

[1]) Staub, a. a. O., S. 1361 Anm. 49; Langheineken, a. a. O., S. 235.

[2]) Vgl. S. 25 dieser Darstellung.

[3]) Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 202 S. 111.

Kaufpreises seitens des Käufers nach der Vollendung der Verjährung des Wandelungsanspruchs besteht, ist unbestritten, da es ja im Gesetz steht. Doch auch vor der Verjährung wird es allgemein anerkannt. Denn wenn man dem Käufer nach der Vollendung der Verjährung das Verweigerungsrecht gibt, so muß man es ihm billigerweise auch vor der Vollendung derselben, also mit der Entstehung der Gewährleistungsansprüche zusprechen; die Verjährung kann in dieser Beziehung keinen Unterschied begründen, und es war nicht nötig, diese natürliche Folgerung im Gesetz auszusprechen[1]). Ferner spricht für die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung das Wörtchen „auch" in § 478 Abs. 1 Satz 1: Wenn der Käufer die Wandelungseinrede „auch nach der Vollendung der Verjährung" hat, so muß er sie auch vor derselben haben. Klagt also der Verkäufer auf Kaufpreiszahlung, so wird er mit seiner Klage abgewiesen.

Wie gestaltet sich nun die Wandelungseinrede nach der Vertragstheorie?

Wir sahen eben, daß durch die Wandelungseinrede die Wandelung geltend gemacht werden kann, ohne daß ein Vertrag auf Einwilligung in die Wandelung geschlossen war. Nach der Vertragsthorie muß nun unter allen Umständen ein solcher Vertrag — sei es gerichtlich oder außergerichtlich — vorhanden sein, bevor irgend ein weiteres Recht in Anspruch genommen werden kann; dies trifft also auch auf das Verweigerungsrecht der Leistung des nicht gezahlten Kaufpreises zu[2]). Wenn nun nach der Bestimmung des § 478 auch ohne einen solchen Vertragsschluß die Wandelung geltend gemacht werden kann, dann ist die Begriffsbestimmung der Ver-

[1]) Matthias, i. d. Deutschen Juristenztg. 1902, 7. Jahrg. S. 208; Biermann, a. a. O., S. 328; Thiele, a. a. O., S. 418.

[2]) Biermann, a. a. O., S. 328; Thiele, a. a. O., S. 418; Eccius in Gruchot, Beitr., 43. Bd. S. 321/2; Matthias, i. d. Deutschen Juristenztg., 7. Bd. 1902 S. 208.

tragstheorie unrichtig. § 478 bietet also einen schlagenden Beweis dafür, daß die Vertragstheorie dem Gesetze nicht zugrunde liegt.

Die Frage, die uns nunmehr beschäftigen soll, ist: Welche Bedeutung hat das rechtskräftige Urteil, welches die Klage des Verkäufers auf Preiszahlung abweist? Ist auch hierin eine Vollziehung der Wandelung zu erblicken oder kann Käufer nach der Einrede des Wandelungsanspruches noch auf den anderen Gewährleistungsanspruch zurückkommen?

Daß nach Abweisung der Kaufpreisklage durch die Wandelungseinrede das ius variandi des Käufers erloschen sei, begründet Werner[1]) folgendermaßen: Die rechtskräftige Klagabweisung, die der Käufer durch sein einredeweises Verlangen auf Wandelung zu seinem Vorteile herbeigeführt habe, müsse er nach Treu und Glauben auch zu seinem Nachteile gelten lassen. Die praktische Folge sei, daß die Wandelung als vollzogen gelte. Ähnlich Matthias[2]), der die Gebundenheit des Käufers an seine Wahl durch die Wandelungseinrede aus Billigkeitsgründen herbeigeführt wissen will; daraus folgert er, daß die Wandelungseinrede und die daraus folgende rechtskräftige Verurteilung des Verkäufers eine Änderung der Wahl des Käufers ausschließe. M. E. hat Flechtheim[3]) recht, wenn er sagt, daß § 242 BGB (Treu und Glauben) nicht Anwendung finden könne, da dieser Paragraph den Umfang des Forderungsrechtes selbst bestimmt, nicht die Ausübung. Andererseits hat Flechtheim der Wandelungseinrede den Charakter der Chikaneeinrede beizulegen versucht, um eine Vollziehung der Wandelung durch die rechtskräftige Klagabweisung des Verkäufers konstruieren zu können. Doch Flechtheim gibt dem Begriff der Chikane

---

[1]) In d. Recht, 6. Jahrg. 1902 No. 12 S. 338/9.
[2]) In d. Deutschen Jur. Ztg., 7. Jahrg. 1902 S. 208.
[3]) A. a. O., S. 86.

eine viel zu weite Ausdehnung. Allerdings gehört § 226 BGB zu den Ausnahmen des Gesetzes, die die Erlaubnis der rücksichtslosen Ausübung verliehener Rechte, wie sie das BGB in der Regel gestattet, begrenzen.[1]) § 226 verbietet aber nur für den Fall die rücksichtslose Betätigung eines positiv verliehenen Rechtes, daß für den Berechtigten kein anderes Interesse ersichtlich ist, als die Befriedigung der Schadenfreude. Bei jedem anderen Vorteile, den der Inhaber eines Rechtes für sich haben mag, sei er noch so subjektiv bloß begründet, ist ihm eine ganz rücksichtslose Betätigung dem Rechtsgenossen gegenüber gestattet. Freilich verletzt derjenige Berechtigte, der nur aus feindlicher Gesinnung handelt, eine sittliche Lehre; doch darin liegt nur eine subjektive Ausnützung eines verliehenen Rechtes.[2]) Wenn also ein Käufer sein aus der Einrede des Wandelungsanspruchs fließendes Recht nach Abweisung der Klage des Verkäufers auf Preiszahlung rücksichtslos betätigt, so ist er nur auf seinen Vorteil bedacht. Doch in diesem Verhalten nur den Zweck der Befriedigung der Schadenfreude zu erblicken, wäre m. E. unrichtig. Wenn Flechtheim[3]) also sagt, die Wandelungseinrede sei nur eine spezielle Form der Chikaneeinrede, so gibt er dem Begriff „Chikane“ eine zu weite Ausdehnung.

Wenn man nun auch die Billigkeitsrücksichten, wie sie Werner und Matthias angewendet wissen wollen, gelten lassen wollte, so käme man doch mit Gesetzesvorschriften in Konflikt.

Nach § 322 Abs. 1 ZPO sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Durch das Urteil, welches die Kaufpreisklage auf Grund der

---

[1]) Stammler, a. a. O., S. 479.
[2]) Stammler, a. a. O., S. 329.
[3]) A. a. O., S. 89.

Einrede des Käufers rechtskräftig abgewiesen hat, wird aber nicht der Wandelungsanspruch rechtskräftig festgestellt. Die Rechtskraft des Urteiles umfaßt nicht die durch die Einrede geltend gemachten Gegenrechte.[1]) Da also nur die Entscheidung über die Klage Rechtskraft erlangt, so bringt die rechtskräftige Klagabweisung die Wandelung nicht zur Vollziehung, ein Resultat, welches durchaus nicht mit dem Rechtsgefühl übereinstimmt. Dem Käufer bleibt also sein Wahlrecht erhalten; die Klagabweisung bringt ihm keine Nachteile. Er kann z. B. im Falle einer günstigen Konjunktur immer noch von der gewählten Wandelung auf das Recht der Minderung übergehen.

VII. Weitere Bedenken gegen die Vertragstheorie.

Eine Folgerung in materiell-rechtlicher Hinsicht aus der von uns vertretenen Ansicht, daß der Wandelungsanspruch direkt auf Rückzahlung des Kaufpreises geht, ist die, daß der Käufer diesen Anspruch zur Aufrechnung benutzen kann, wenn Verkäufer mit einer irgendwie begründeten Forderung gegen ihn auftritt. Anders, wenn der Wandelungsanspruch nur auf Abschluß eines Vertrages gerichtet ist. Käufer kann nicht im Falle der Weigerung des Verkäufers, den Kaufpreis zurückzugewähren, vor Abschluß des Wandelungsvertrages oder vor Erzielung eines rechtskräftigen Urteiles seinen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises gegen eine andere Geldforderung des Verkäufers aufrechnen; denn seine Forderung entsteht ja erst mit Abschluß des Aufhebungsvertrages.

[1]) Langheineken, a. a. O., S. 237/8; Thiele, a. a. O., S. 419/20; Klofs, a. a. O., S. 19; Lobe, a. a. O., S. 115; Planck zu § 478 Anm. 3a, a. a. O.; Neumann, a. a. O., zu § 465 Anm. 6; Staudinger, a. a. O., zu § 478 No. 2.

Ebenso kann im Prozeß erst nach rechtskräftiger Verurteilung in die Einwilligung in die Wandelung das erst dadurch entstandene Rückforderungsrecht zur Aufrechnung verwendet werden[1]). Die hieraus sich ergebende Konsequenz ist für die Praxis unannehmbar, wie folgendes Beispiel[2]) zeigt: „A hat dem B unmittelbar nacheinander zwei Sachen um je 300 M. abgekauft. Den Kaufpreis für die zuerst gekaufte Sache hat er sofort bezahlt, jenen für die andere Sache ist er schuldig geblieben. Die ersterstandene Sache hat sich als mangelhaft erwiesen, die andere nicht. A will Rückgängigmachung des ersten Kaufes. B bestreitet aber in frivoler Weise die Mangelhaftigkeit und verweigert sein Einverständnis zur Wandelung. Bevor A dazu kommt, Klage auf Einwilligung in die Wandelung zu stellen, verklagt B den A, der, weil zu dem Verlangen auf Wandelung des ersten Kaufes berechtigt, die Zahlung der zweiten 300 M. ablehnt, auf Bezahlung derselben. A kann nach der Vertragstheorie erst aufrechnen, wenn er ein rechtskräftiges Urteil gegen B auf Einwilligung in die Wandelung erstritten hat, d. h. er kann, praktisch genommen, überhaupt nicht aufrechnen."

Ein ähnliches mißliches Ergebnis[3]) aus der Vertragstheorie ist das, daß der Käufer den Verkäufer vor Abschluß des Wandelungsvertrages mit seiner Verbindlichkeit zur Rückzahlung des Kaufpreises nicht in Leistungsverzug setzen kann. Nach § 284 Abs. 1 Satz 1 kommt der Schuldner in Verzug, wenn er auf Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit nicht leistet. Da nun der Anspruch auf Rückgewähr erst mit Abschluß des Wandelungsvertrages bezw. mit dem rechtskräftigen Urteil ent-

---

[1]) Langheineken, a. a. O., S. 219; Thiele, a. a. O., S. 409; Eccius in Gruchot, Beitr. 43 S. 329; Lobe, a. a. O., S 110; Enneccerus, a. a. O., S. 605; Müller, a. a. O., S. 52.

[2]) Müller, a. a. O., S. 52.

[3]) Lobe, a. a. O., S. 110; Thiele, a. a. O., S. 408.

steht, so kann Verkäufer deshalb nicht in Verzug kommen, weil vorher ein Anspruch auf Rückgewähr noch garnicht vorhanden ist. Erst mit der rechtskräftigen Verurteilung, die möglicherweise durch die Weigerung des Verkäufers in weite Entfernung gerückt sein kann, kann Käufer die wichtigen Wirkungen des Schuldnerverzuges (vgl. §§ 286—290 BGB) ausnutzen. Nach der von uns vertretenen Ansicht dürften der Möglichkeit, den Verkäufer in Verzug zu setzen, keine Bedenken entgegenstehen: Ist der Wandelungsanspruch berechtigt, so ist die Forderung auf Rückgewähr des Kaufpreises fällig. Eine nun erfolgende Mahnung setzt den Verkäufer in Verzug.

Auch in prozeßrechtlicher Hinsicht sind die Folgerungen aus der Vertragstheorie derart, daß die Bedenken gegen dieselbe noch verstärkt werden.

Es war der Nachweis zu führen versucht worden, daß eine Klageverbindung des Anspruches auf Einwilligung in den Wandelungsvertrag mit dem Anspruch auf Rückgewähr nicht möglich sei. Wenn man nun trotzdem diese Klageverbindung zulassen wollte, so ist es zweifelhaft, ob aus dem sich hieraus ergebenden Urteil eine vorläufige Vollstreckbarkeit möglich ist. Für den Käufer ist es von großer Wichtigkeit, im Wandelungsstreite zu einer vorläufig vollstreckbaren Verurteilung des Verkäufers zu gelangen. Es würde wiederum gegen die Vertragstheorie sprechen, wenn eine vorläufige Vollstreckbarkeit nach ihr nicht möglich wäre, wenn auch in diesem Nachweis kein zwingendes Moment läge.

Im Lager der Anhänger der Vertragstheorie herrscht Streit über die Möglichkeit. M. E. erübrigt sich eine Erörterung dieser Frage durch die Bestimmung des § 894 ZPO, wonach die „Erklärung“ — also die Einwilligungserklärung — als abgegeben gilt, „sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat“. Da nun nach der Vertragstheorie der Anspruch auf Rückgewähr erst mit

der Rechtskraft des auf Einwilligung in die Wandelung gerichteten Vertrages entsteht, so muß notwendigerweise dieser Zeitpunkt erst abgewartet werden, bevor eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung vom Richter verlangt werden kann [1]). Auch diese unbequeme Konsequenz der Vertragstheorie entfällt, wenn man sich auf den von uns vertretenen Standpunkt stellt, daß der Wandelungsanspruch ein Anspruch auf Rückzahluug des Kaufpreises ist, wie es die actio redhibitoria des römischen Rechtes ist. Wenn die in den §§ 708—710 ZPO genannten Voraussetzungen vorhanden sind, dann kann die Verurteilung des Verkäufers für vorläufig vollstreckbar erklärt werden; denn der Anspruch ist nicht abhängig von erfolgter oder rechtskräftig ergänzter Zustimmung des Verkäufers zu einem Wandelungsvertrage.

---

[1]) Thiele, a. a. O., S. 410; Biermann, a. a. O., S. 336; Langheineken, a. a. O., S. 246; Planck, a. a. O. zu § 467, 2a S. 377.